

POR

DON DIEGO DE VAYZABAL
Ponçe de Leon, vezino de la Ciudad de Logroño.

CON

DON GERONIMO PONZE DE
Leon, ſu tio. Y con Don Alonſo de Vayzabal Ponçe de Leon, hermano del dicho Don Diego.

SOBRE

EL MAYORAZGO QVE FVNDO D. IVAN de Vayzabal, abuelo, y viſabuelo reſpectivè de las partes.

1 LA pretenſion de el dicho Don Diego de Vayzabal, es, que ſe le ha de declarar por legitimo ſucceſſor del dicho vinculo, y mayorazgo, y condenar al dicho Don Geronimo

Ponçe de Leon, à que le entregue todos los bienes de el con frutos, y rentas, que han rentado, ò podido rentar desde la ocupacion, hasta la real entrega, y desde la muerte del vltimo posseedor, y que se le ha de absolver de la demanda que le ha puesto el dicho Don Alonso de Vayzabal su hermano.

2 Para este pleyto, y su clara inteligencia, se supone, que en 18. de Junio de 1627. el dicho D. Juan de Vayzabal, hallandose en esta Ciudad de Valladolid, hizo, y otorgò su testamento, y en èl puso la clausula, que dà principio à este pleyto, que es del tenor siguiente: *Iten es mi voluntad, y quiero vincular, y vinculo luego por via de mayorazgo, como mejor puedo, y ha lugar de Derecho, vsando de las leyes de estos Reynos, y no excediẽdo de lo que conforme por ellas puedo disponer, y de suerte que sea, y se entienda despues de cumplidas las mandas, y legados de este mi testamento, y sin perjuyzio de las casas principales, y la heredad grande, y cerrado de Alveriti, que està en frente de las casas susodichas, con las cargas, censos que tienen, que abaxo declarare, y quiero que succeda en ellos el hijo segundo de mis hijas, quien escogiere la dicha Doña Ana Fernandez mi muger, à la qual la doy poder para que haga los llamamientos para la succession del dicho vinculo, y mayorazgo, gravamenes, y condiciones que quisiere poner, haziendo como hago los dichos bienes mayorazgo, conforme à los mayorazgos de Castilla.*

3 Tambien se supone, que en 7. de Octubre del año siguiente de 1631. la dicha Doña Ana Fernandez Pablo, en virtud de la comission, y facultad à ella dada por el dicho su marido, segun la clausula antecedente tratò de executar lo assi à ella cometido, y hazer elecciõ de vno de los hijos segundos de Doña Luzia, y Doña Maria de Vayzabal, sus hijas, y del dicho su marido, y en primer lugar llamò, y eligiò à Don Juan Ponçe de Leon, hijo segundo de Doña Luzia de Vayzabal, hija mayor de la susodicha, y del dicho su marido, la qual dicha elec-

cion

cion hizo con ciertas declaraciones, y providencias, y en particular, que acabada, y fenecida la descendencia del dicho Don Juan Ponçe de Leon, primero llamado, passasse à la linea de Don Pedro Ponçe de Leon; su hermano mayor, en la forma regular.

4 Y despues por otra clausula particular, que es la que ha dado motivo à este pleyto, ordenò: *Que acabada la succession del dicho Don Pedro Ponçe de Leon, segundo llamado, y successor del dicho mayorazgo, succeda en èl Don Diego Ponçe de Leon, hijo tercero de la dicha Doña Luzia de Vayzabal, y padre de Don Diego, y D. Alonso, que oy litigan, è sus hijos, è hijas, en la forma que và declarado en los dichos primeros llamamientos. Y especialmente añadiò, que si el dicho Don Diego Ponçe de Leon, sucediere por muerte de sus hermanos en el mayorazgo que fundò, y dexò el Thesorero Don Diego Ponçe de Leon, no succeda en este en que aora le hà llamado, y llama, sino que succeda en èl el hijo mayor varon que tuviere la dicha Doña Luzia de Vayzabal, de otro qualquiera matrimonio que tenga, y despues de èl, sus hijos, y descendientes.*

5 El sucesso de este mayorazgo, fue, que Doña Luzia de Vayzabal, en nombre de Don Juan Ponçe de Leon su hijo, y como su madre, y tutora, por el año passado de 1632. tomò possession del dicho mayorazgo, y en ella se estuvo, sin q̃ se diesse otra à sus tres hijos de primero matrimonio, y por su muerte parece, que Don Geronimo Ponçe de Leon, quarto hijo de la susodicha, y de segundo matrimonio, se entrò, y apoderò en todos los dichos bienes, y los hà detentado, y detenta hasta el dia de oy.

6 En este pleyto vàn las partes conformes en las filiaciones, como estàn en el arbol, y en el echo no se controvierte nada, conque passaremos à discurrir en el derecho, è inclusion de Don Diego Vayzabal Ponçe de Leon, por quien se escrive este papel, y à probar su inclu-

clu-

clusion, y lo que es de su obligacion, conviene à saber, *se esse huius maioratus legitimum successorem*, para lo qual tiene por su parte la regla, y primera observacion de los mayorazgos, conviene à saber, la linea, que es lo que dixo el texto *in cap. 1. de natura successione feudi*, ibi: *Ad solos, & ad omnes qui ex illa linea sunt, ex qua iste fuit*, y mas abaxo, *sed omnibus ex hac linea defecientibus, omnes aliæ lineæ æqualitèr vocantur*, el comun Preceptor, y Maestro de la materia de mayorazgos el señor Luis de Molina *lib. 3. de primogenijs. cap. 4. num. 13. primo nanque*, dize este grave Autor: *Consideranda est linea, vt illi, qui ex illa vltimi possessoris procedunt, cæteris præferantur, nec transitus fiat ad alias lineas, donec ex ea descendentes finiantur*, y alli sus mejores Addicionadores, y aora Rojas *de incompatibilt. maioratum, part. 8. cap. 5. numer. 62.*

7 Para lo qual asentamos, que el vltimo posseedor de este mayorazgo fue, y se deve considerar D. Diego Ponçe de Leon, padre de esta parte, y tercero hijo de Doña Luzia de Vayzabal, porque aunque como arriba llevamos notado, por muerte de su madre no entrò en la possesion real deste mayorazgo, sino Don Geronimo Ponçe de Leon, su hermano, el Derecho no cõsidera por vltimo posseedor en materias de mayorazgos al que con efecto entrò en èl, sino al que le deviò ocupar, aunque no huviesse estado en la possesion real, el señor Don Christobal de Paz *de tenuta, cap. 35. num. 23.* Rojas *de incompatib. 4. part. cap. 1. num. 85.* que refiere al señor Castillo, à el señor Don Juan Baptista de Larrea, y à otros muchos, y no es dudable, que el dicho Don Diego, padre de esta parte, por muerte de los dos hermanos mayores sin hijos, ni descendientes, fuesse el legitimo successor en este mayorazgo, y en quien residiò la possesion civil, y natural del conforme à la *ley 45. de Toro*, que es el fundamento de las doctrinas de arriba, porque los mayorazgos de España, se regulan, y determi-

mi-

minan por el mayorazgo principal, y succesſion del Reyno, como dize el ſeñor Luis de Molina *lib. 1. cap. 3. à numer. 6.* y como en el Reyno principal de Eſpaña, faltando los deſcendientes de los poſſeedores del, ſuccede el pariente mas propinquo conforme à la *ley 2. tit. 15. part. 2.* ibi: *Pero ſi todos eſtos fallecieſſen deve heredar el Reyno el mas propinquo pariente que huvieſſe*, y à eſte exemplo deve determinarſe en los mayorazgos de Eſpaña, como dize el ſeñor Luis de Molin. *dict. cap. 3. lib. 1. num. 13.* Conque no ſe puede dudar regularitèr loquendo, que ſi abaxo no huvieſſe las dificultades en que nos ha querido poner Don Geronimo Ponçe de Leon, eſte mayorazgo tocò al dicho Don Diego Ponçe de Leon, padre deſta parte, y por ſu muerte à èl, como ſu hijo mayor, cuya cauſa en la ſuccesſion de los mayorazgos por la dicha ley de Partida, la primera, y mas privilegiado credito es el de los hijos mayores, como notò el ſeñor Luis de Molina *lib. 3. cap. 1. num. 1.* ibi: *Illud autem in primis, hac in re præmitendum ſe offert in maioratus ſucceſſione primam cauſam eſſe primogeniti, ita vt ſi inter plures in eodem gradu exiſtentes de maioratus ſucceſſione contendatur: his qui inter eos maior natu fuerit in eius ſucceſſione potior futurus ſit.*

8 Eſtas reglas, y comvnes obſervaciones ſon llanas, y no neceſsitan de mucha exornacion, lo que dize la parte de Don Geronimo Ponçe, es, que de ellas nós devemós apartar, quando el fundador del mayorazgo diſpone, y manda otra coſa, conforme à lo diſpueſto, y vulgar por nueſtra *ley 40. de Toro*, ibi: *Salvo ſi otra coſa eſtuviere diſpueſta por el que inſtituyò el mayorazgo*, porque en eſſe caſo ſolo ſe ha de mirar lo que deſeò, y mandò el teſtador, y la linea del que tuviere la qualidad que el diſpuſo, y eſta ſe llama linea de ſubſtancia, como elegantemente con todos los Reynicolas nota Rojas en el tratado referido *1. part. cap. 6. §. 20.* por todo el, y eſta voluntad que nos opone Don Geronimo Ponçe, cerça

de tener exclusion esta parte en el caso deste pleyto, y èl llamamiento literal, nace del poder, y facultad que diò el fundador à su muger, para que hiziesse eleccion de los nietos de sus dos hijas, segun se contiene en la clausula del testamento, que arriba và por supuesto, y de lo que en su virtud obrò la dicha su muger, que tambien queda asentado, *& nunc incipiunt misteria*, y comiença la dificultad deste pleyto, y à esta controversia de D. Geronimo hemos de dar en primero lugar satisfacció, para que quedando excluido su derecho, vengamos à parar en el punto entre los dos hermanos, si este mayorazgo es de segunda genitura, ò no.

9 El argumento de Don Geronimo Ponçe de Leon, es, que el dicho fundador diò facultad, y poder à su muger para que hiziesse eleccion de los dichos sus nietos, con los gravamenes, y condiciones que quisiesse, segun pondera à su intento la dicha clausula, y que la susodicha vsando de ella previno despues de aver llamado à Don Juan, y à Don Pedro sus nietos, y al dicho Don Diego, que era el tercero, *ordine successivo*, que si acaso succediesse este por muerte de sus hermanos mayores en el mayorazgo del Tesorero Leon, passasse el mayorazgo en que ella eligia à otro hijo, si le tuviesse de otro matrimonio Doña Luzia su hija, todo lo qual succedi ò assi; porque aviendo muerto los doshermanos mayores, Don Diego padre de esta parte succediò en el dicho mayorazgo, y aviendose la dicha Doña Luzia casado segũda vez, de cuyo matrimonio naciò el dicho Don Geronimo, conque parece llegò el caso segun le figurò, y previno la dicha Doña Ana Fernandez, comissaria, y executora de la voluntad del dicho Don Juan de Vayzabal.

10 Esta clausula en que funda Don Geronimo Ponçe, por la qual dize se diò potestad à la muger para que pudiesse poner los gravamenes, y condiciones que quisiesse, creemos firmemente que no fue puesta, ni dispuesta por el fundador, ni para el caso que se alega; por-

porque la dicha comissaria, y executora de su voluntad, solo se la encomendò la eleccion de los nietos, ò nietas de las dos hijas; porque acaso no eran nacidas al tiempo que se diò la dicha comision, y no pudo mirar à otra cosa, porque los bienes yà quedavan gravados, y vinculados, y no era menester hazerse mas que la dicha eleccion por el escoge de los sugetos, y no por la substancia del mayorazgo, porque *eo ipso*, que el fundador avia dicho que hazia mayorazgo, sin otra cosa, quedava fundado, como con el señor Molina, y todos los Reynicolas asienta el señor Don Juan del Castillo *tom. 2. controvers. cap. 22. per totum*, en tanto grado, que aunq̃ la susodicha no hiziera eleccion de ninguno de sus nietos, el mayorazgo quedava fundado, y perfecto en el nieto varon mayor de la hija mayor del susodicho, como refiere el señor Luis de Molin. *lib. 2. de primogenijs, cap. 4. num. 42.* ibi: *Cum enim ea sit maioratus natura, vt in eo non nisi vnus succedere debeat: consequens est, vt electore non eligente, fideicomissum ipsum vni soli adque primogenito proximiori, non autem pluribus deferendum sit.* Cuya doctrina por la naturaleça de los mayorazgos es cierta, y certissima, y recibida por todos los Reynicolas.

11 *Vndè*, no siendo necessaria la dicha clausula en lo que mirava *à gravamenes, y condiciones*, porque yà, como và referido, los bienes quedavan gravados solo por las palabras del fundador: *Iten hago mayorazgo*; las otras puestas abaxo en la facultad que dava à su muger de eligir, creemos que sin duda alguna las puso el Escrivano por la nota, y estilo ordinario, y no de voluntad, ni disposicion del fundador, y clausulas semejantes generales, & de stylo Notariorum, no son de consequencia, ni por ellas se deve decidir pleyto de tanta importancia, oponiendonos, como abaxo irà mas fundado, à las comunes reglas, y observaciones de los mayorazgos, elegantemente el señor Luis de Molin. *lib. 4. de primogenijs, lib. 2. numer. 43.* ibi: *Quarto, quia*

clau-

clausula de non revocando est consueta apponi à Notarijs; & tales clausulæ nihil operantur, nisi constet ex contrahentibus ex professo appositas esse, Bartholus *in leg. 1. ff. de iure codicilorum,* Baldus *in leg. quoties, num. 1. Cod. de hæredibus instituendis.*

12 Vienese à los ojos esta doctrina; porque cosa tan especial, y tan irregular, como abaxo veremos, y en cuya virtud obrò la dicha comissaria, si se le huviera ofrecido al fundador claro està que lo huviera dicho, y no lo huviera dexado à lo general de la dicha clausula, y aquello que depende de la clara voluntad del testador, se deve explicar por el, y no por otra persona, *glos. in leg. quid quid astringendæ, ff. de verborum obligat. & in leg. idem Pomponius, §. final. ff. de rei vindicatione*, y es doctrina admirable en estos propios terminos la de Azevedo *in leg. 5. tit. 4. lib. 5. Recopilat. num. 1.* ibi: *Et ideò nisi ea testator expresserit, non videtur contenta in commissione, & commissarius qui talia faceret, cum sibi expresse commissa, non essent excederet à commissione, & per consequens nulla essent in contrarium acta.*

13 Todos los actos humanos constan de voluntad, y potestad, *cap. super Abbatia, de officio, & potestate Iudicis delegati*, y conforme à lo que començamos à descubrir en el numero antecedente, esta executora, y comissaria de la voluntad de este fundador, no parece la tuvo para lo que hizo, de hazer semejantes llamamientos, y de poner tales clausulas; porque conforme à nuestra *ley 31. de Toro, y 4. en el tit. 5. lib. 5. Recopilationis*, el comissario no puede hazer, ni obrar nada en virtud del poder que se le diere, sino aquello que especialmente se manda, y dispone por dicho poder, y facultad, ibi: (dizen ambas las dichas leyes) *Ordenamos, y mandamos, que de aqui adelante el tal comissario no pueda por virtud del tal poder hazer heredero en los bienes del testador, ni mejoria del tercio, ni del quinto, desheredar à ninguno de los hijos, ò descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar,*

ni

ni pupilar, ni exemplarmente, ni hazerles substitucion alguna de qualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor à ninguno de los hijos, ò descendientes de el testador, salvo si el que le diò el tal poder para hazer testamento, especialmente le diò el poder para hazer alguna cosa de las susodichas.

14 La razon de estas leyes, las dàn ellas mismas en el principio, ibi: *Y los tales comissarios hazen muchos fraudes, y engaños con los tales poderes, estendiendose à mas de la voluntad de aquellos que se lo dan*, y aqui cõforme à disposicion de estas leyes, Doña Ana Fernandez Pablo, excediò en mucha cantidad, y capitulos: Lo primero, porq̃ aviendo eligido à vno de los hijos, segundo, de las hijas del fundador, nõbrando por primero successor à Don Juan, hijo segundo de Doña Luzia, no pudo passar à hazer otros llamamientos; porque con esta primera eleccion se dava forma con los llamamientos regulares, que de alli adelante quedavan para succession de este mayorazgo, ni pudo passar à las demàs substituciones de los otros tres hijos, estẽdiendose aun à los que no avian nacido, ni se esperavan, como fue el casamiento segundo de Doña Luzia, con el padre de Don Geronimo, y en esto se opuso à las dichas dos leyes Reales, haziendo sin necessidad, y sin que, ni para que, como se suele dezir, tantas, y tan repetidas substituciones.

15 Lo segundo, se opuso à la disposicion de las dichas leyes Reales, arriba citadas, porque poniendole à Don Diego Ponçe de Leon, padre de esta parte, el gravamen, y condicion, de que en caso que succediesse en el mayorazgo del Tesorero, Don Diego Ponçe de Leon, no pudiesse succeder en el fundado por su abuelo, fue en cierta forma exheredarle de los bienes de este mayorazgo, Authentic. *de restit. fideicommiss.* §. *nos igitur*, Rojas *de incompatib. 4. part. cap. 2. num. 9.* y que esto no excediendo del tercio, y quinto, solo lo pudiera hazer el dicho su abuelo, y para todo ello, como dizen las

dichas leyes, era menester poder que especialmente lo dixesse, y señalasse asi, Molin. *de primog. lib. 3. cap. 4. numer. 19.* Paz *de tenuta, cap. 34. num. 134.*

16 Lo tercero, porque no pudo passar la dicha comissaria, y executora vna vez eligiendo à D. Juan, à hazer mas substituciones, y llamamientos, como dixo, y dispone la dicha *ley 31. de Toro*, porque el acto de nombrar à Don Juan, fue diferente de aquel en que se passò à ir nombrando otros con diferẽtes substituciones, en que està comprehendida la de Don Geronimo, y se conoce, y dà à entender la diferencia de estos dos actos de la *ley 1. ff. de vulgar. substitut.* ibi, *Haredes, aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo, vel tertio*, y mas abaxo en el *§. substituere*, de la dicha *ley 1.* ibi: *Substituere liberis pater non potest, nisi haredem sibi instituerit*, elegantemente Bartholus *in cap. 1. §. filius, de liberis, & posthumis*, con estas palabras: *Sed quando sunt plures substitutiones, qua concurrere simul non possunt, sed vnam defectum alterius, dicuntur diversa capita, & diversi gradus, vt institutio, & substitutio*, en la materia de mayorazgos, quando la dicha comissaria, y executoria no lo huviera dicho assi expressamente, es comũ observacion de que los llamamientos se entienden *ordine successivo*, el señor Luis de Molin. *de primogenijs, lib. 1. cap. 6. num. 5.* Rojas *de incompatib. 5. part. cap. 4.* por diversos numeros, que exornan latamente esta proposicion.

17 *Vndè sequitur*, que vna vez que la susodicha eligiò al nieto segundo, que fue Don Juan, expirò su potestad, y comission, argumento textus *in leg. servi electione, ff. de legatis 1. & in leg. apud aufidium, ff. de optione legata*, Cavalcanus *decis. 11. numer. 29.* y es lugar muy copioso para que esta potestad se consuma con el primer acto, y nombramiento el de Tiraquelo *in leg. Bo bes, §. hoc sermone, limitatione 6. num. 20.* y Marino Frecia *in tractatu de subfeudis, lib. 2. quast. 35. num. 23.* que todos

todos asientan, que la facultad de nombrar heredero, no se extiende à poderle substituir, que es el caso del llamamiento del dicho D. Geronimo.

18 Ni es de reparo la palabra de la dicha clausula, que Don Geronimo pondera à su intento, en quanto el fundador dixo, que la dicha su muger pudiesse poner los gravamenes, y condiciones que quisiesse; porque esso en caso mas riguroso solo podià, y puede mirar al gravamen de Armas, y apellido, y otros semejantes, y no se puede estender à llamamientos tam vlteriores, & irregulares, conforme à las doctrinas que llevamos referidas, siendo tan distinto, como se conoce lo vno de lo otro, porque el mandar llevar el nombre, y las Armas de el fundador, es vna cosa suabe, y honesta, *leg. facta*, §. *si in danda*, versic. *Si verò nominis*, *ff. ad Senatus Consultum Trebellianum*, *leg. cum filius*, §. *cum pater cum filia*, *ff. de legatis* 2. y mejor texto la *ley ex hoc iure*, §. *final*, *ff. de donationib.* donde dize el Juris-Consulto, que la donació echa à otro con calidad de que lleve su nombre, y sus Armas es valida, latissimamente Tiraquelo *ad leges connuviales*, *in leg. 5. num.* 24. Brisonius *lib. 7. de formulis*, & *solemnibus Populi Romani*, *pagina* 613. el señor Luis de Molin. *lib. 2. de primogenijs*, *cap.* 14. *num.* 3.

19 Y dandose cavimiento à la dicha clausula en esta parte, de que la executora, y comissaria podià poner este gravamen, y condicion, yà la dicha clausula, y comission no quedava ociosa, y sin efecto, y concediendo que podià obrar algo la dicha facultad, basta para que se la dè cumplimiento, y que no la entendamos tan amplia, como la parte contraria la quiere interpretar, elegantemente el señor Luis de Molin. *lib. 4. cap. 7. num.* 2. hablando de las facultades que se suelen conceder, dize, que en obrando en alguna cosa basta para que no se interpreten largamente, ibi: *Sufficit namque quod Regia facultas hoc operetur, vt scilicèt bona maioratus in casum alias nō permissum alienari valeant, absque eo, quod*

opere-

operetur aliud speciale, vt scilicèt existentibus bonis liberis alienari possint, Regia namque facultas postquam aliqui operata fuit illico restringenda erit, vt ius commune minus lædat, quam sit possibile, provt suprà lib. 2. cap. 10, num. 77. anotavimus, donde citò la *ley 2. Cod. de noxalibus*, y algunos de los Antiguos, que en terminos de facultades dadas, y concedidas por el que puede, para que otro obre se deven entender assi.

20 Porque como puede venir en entendimiento humano, que dexando yà el fundador echo, è instituido su mayorazgo en personas inciertas, de ciertas, que es lo que se puede hazer, esto fue en los hijos segundos de sus hijas; luego diesse vna comission tan amplia para que la dicha su muger pudiesse llamar los terceros, quartos, ò quintos à su voluntad, impropiando la palabra gravamenes, y condiciones, estendiendola à llamamientos, y mas tan irregulares, contra lo dispuesto por el *cap. odia, de regulis iuris in sexto*, y por la *ley cum quidam de liberis, & posthumis*, que disponen, que las palabras no se han de impropiar, sino entenderlas, *vt iacent* particularmente en materia odiosa, como es esta, que es excluir al primero llamado, *leg. santio legum, ff. de pœnis*, el señor Valençuela Velazquez *consil. 14. num. 36.*

21 Lo qual se haze mas llano, conque el dicho fundador aviendo dicho, que fundava el dicho mayorazgo en el nieto segundo que eligiesse la dicha su muger, parece que no aviendo passado à otras palabras, desde alli abaxo le hizo regular sin prelacion por esta, ò por otra causa à los inferiores, como asienta el señor D. Christobal de Paz *de tenuta, cap. 34. num. 20.* y por esta razon asienta en el *num. 122.* que el executor en semejante eleccion no puede passar à los vlteriores, y traè para esto el texto, que es puntual *in leg. cum pater, §. hereditatem, ff. de legatis 2.* ibi: *Cum de alijs eligendi potestas non fuerit.*

22 A que se llega, que el llamamiento de la di-

dicha comissaria, y executora, fue de persona que no estava nacida, *tunc temporis*, quando eligiò, que es caso mas riguroso, y que no se puede hazer, *leg.* 1. §. *siquis proximior, ff. vnde cognati, leg. Titius, de suis, & legitimis hæredibus*, el señor Don Christobal de Paz *dict. cap.* 34. *num.* 123.

23 Y siempre la generalidad de las dichas palabras las hemos de entender en aquello que especialmente se expressò en la dicha facultad, y comission, sin que se puedan estender à cosa tan irregular, *leg. quam tu veronis*, y alli la gloss. in verb. *Aliud, ff. de peculio*, Bartholus *in leg. procurator cui libera, n.* 2. *ff. de procuratoribus*, y es admirable lugar el de Carolo Ruino *consil.* 84. *volumine* 2. *numer.* 12. donde hablando de la potestad de los executores de vltimas voluntades, y si por averles dado su plena autoridad, y arbitrio el testador, podran hazer lo que quisieren, resuelve, que no; porque siempre se hā de arreglar cerca de aquello de que se trata, sin salir de la materia, ibi: *Ex hac igitur parte testamenti non potuit hoc fieri, quia non est factum pro solvendis legatis*, y añade mas abaxo, que esto procede aunque el testador dixesse, que el testamentario pudiesse hazer todo lo que pudiera el testador; porque esto se deve entender en la misma forma, y son sus palabras: *Et dum dicitur quod possint omnia, quæ ipse testator posset, intelligitur, circa præmissa.*

24 A que se llega, que la pretension de Don Geronimo para querer sacar de la dicha clausula potestad à su abuela para semejante llamamiento, es sumamente perjudicial, y muy irregular à la succession de los mayorazgos, en el qual caso la dicha comission lo avia de dezir, y cantar con las palabras expressas, sin que basten las dudosas, y es limitacion muy aplicable à este caso la del docto Tiraquelo *post tractatum de legibus connuvialibus, gloss.* 7. *num.* 111. ibi: *Sed hoc fallit, vbi versaretur grave aliquod, & magnum præiuditium, nam tunc*

D *nulla*

nulla generalitas, quantumcumque expressa, satis esset, nisi re ipsa esset omnino specialitèr, & nominatim expressa, vt voluit Bartholus in dict. leg. filius familias, volumina penultima, & vltima, ff. de donationib. y à este Autor, y à otros muchos en terminos de nuestra *ley* 31. *de Toro*, arriba citada, y en los terminos de executores de testamentos, sigue el señor Don Christobal de Paz *de tenuta, cap.* 34. *num.* 132. ibi: *Et ratio est, quia prædictæ irregulares substitutiones, cum remotiores admittant, & eos propinquioribus, & antecellant odiosæ sunt, & adversus ius commune; nullatenus itaque de eis intelligi debet, nisi speciatim à testatore committantur expressè nominando qualitatem substitutionis, quæ fieri debeat*, y mas abaxo, *& denique dicimus cum à prædicta lege Tauri, speciale mandatum requiratur, non sufficere per verba generalia, quamvis alias comprehensiva essent.*

25 Y que el dicho llamamiento sea irregular, como pretende Don Geronimo, no tiene duda, porque la voluntad del fundador fue llamar al nieto segundo de sus hijas, y como su muger en virtud de la comission lo dispone, viene à llamar al nieto quarto, todo lo qual queda, y es contra la voluntad de el dicho fundador, y sumamente irregular; porque conforme à la ley de Partida, arriba citada, teniendo hijos aquellos primeros llamados, deve discurrir el mayorazgo primeramente por su linea, sin hazer transito à otra, y este discurso, y consideracion es tambien en esta materia del señor Don Christobal de Paz *dict. cap.* 34. *num.* 133.

26 Y es punto muy conocido de Derecho, que aunque à vno se le dè potestad plena, y muy exuberante para que pueda hazer como quisiere, y como gustare en cierta materia que corresponde à la clausula *prout sibi videbitur, & placebit*, no obstante aquello se ha de reducir à arbitrio de buen varon, y no à cosas que sobresalen, y son irregulares, y es puntual el consejo de Socino Junioris 160. *lib.* 2. *desde el num.* 48. y de Pedro Pe-

chio

chio *en el tratado de testamento coniugum, lib.* 1. *cap.* 13. y à este intento juntò mucho desta clausula absoluta, y à su voluntad, y que se deva reducir à este buen arbitrio, el señor Don Christobal de Paz *dict. cap.* 34. *num.* 135. y es texto puntual la *ley Thais Ancilla*, §. *sororem*, *ff. de fideicommissarijs libertatibus*, donde Barthulo lo notò cō gran particularidad, y mas expressamente lo dixo el Juris-Consulto Vlpiano en la *ley* 46. *del mismo titulo*, ibi: *Nam, & eam libertatem deberi placuit si tibi videbitur, peto manumitas, ita enim hoc accipiendum si tibi quasi viro bono videbitur*, elegantemente Noguerol en terminos desta causa *allegat.* 9. *num.* 82. que refiere muchos.

27 *Quod maximè procedit*, siendo lo que obrò la dicha executora, y testamentaria tan en perjuyzio de terceros, como era contra la persona de D. Diego, padre de esta parte, y de toda su descendencia, que quedava excluida, y siendo el perjuyzio tan mayor, y mas de marca, aunque la comission huviera sido muy absoluta se devia reducir à este buen arbitrio, y razon, Afflictis *decis.* 91. *num.* 5. que es lugar puntual, y muy del caso Lapus *allegat.* 128. *num.* 3. Cavalcano *decis.* 31. *numer.* 314. & *decis.* 36. *num.* 373. *part.* 2. Noguerol *dict. allegat.* 9. *num.* 85.

28 Y en terminos de executores de testamentos, lo resolviò admirablemente el mismo Noguerol, con Corneo, Torneola, y Cavalcano, *dict. allegat.* 9. *num.* 84. y es comun opinion, no siendo la dicha comission clara, y sin disputa alguna; porque en duda siempre se deve restringir à lo regular, y ordinario, sin extenderse à cosas extraordinarias.

29 Todo lo qual se puede corroborar con muchas doctrinas, que convienen à este intento, conviene à saber la de Socino Junior *consil.* 160. *lib.* 2. *à numer.* 48. y la de Pechio *de testamentis, lib.* 1. *cap.* 28. *num.* 1. & 2. à quienes refiere Noguerol *dict. allegat.* 9. *numer.* 65. donde prueba, que la clausula, y comission para que

vno

vno haga lo que quisiere, se entiende para que obre segun la naturaleza de aquella materia de que se trata, y no absolutamente, y no avrà ninguno que no conozca, el fundador solo cometiò à su muger la eleccion de vno de los nietos segundos, sin que pudiesse imaginar de semejante clausula de incompatibilidad; porque esso mas era excluirles, que llamarles.

30 Conviene tambien la doctrina de Agustin Beroyo *consil.* 103. *num.* 13. *lib.* 1. y la de Deciano *en el responso* 33. *num.* 39. *y* 40. à quienes en los numeros siguientes refiere el primario Noguerol, que asientan, que la comission, y mandato aunque sea muy general, se deve restringir segun la naturaleza de aquello que se trata, y à arbitrio de buen varon.

31 Y no es menos del caso la regla, y comun observacion, de que aunque vno tenga vna comission, y mandato muy amplio, y general, no se deve entender, ni estender à mas de aquello que es necessario para la expedicion de aquello que se le encomēdò, y ha de obrar, *leg. non cogendum*, §. *si procuratori*, *ff. de procuratoribus*, pero aquello que es insolito, y rara vez acostumbrado, no lo podrà hazer en virtud del dicho poder, quātumvis sit amplissimo, y son textos muy conocidos, y de la materia la *ley vniversorum*, *ff. de pignoratitia actione*, *leg. qui semisses*, §. *final*, *ff. de vsuris*, elegantemente Golino *de procuratoribus*, 2. *part. cap.* 4. *num.* 18. Lo qual conviene, y se adapta en nuestro corto sentir con suma propiedad al caso deste pleyto, quanto al dicho Don Geronimo tio desta parte.

32 Bastantemente parece que afiançavan estas doctrinas la exclusion de Don Geronimo, *ex defectu potestatis* de la abuela, que le invitò, y llamò en este caso tan raro à la succession deste mayorazgo; pero porque no se diga que se defiende con reglas generales, las refiriremos especiales, y como se suele dezir *in terminis terminantibus*, traelo, y refiere el caso Mieres *de maioratu*,

ratu, 1. *part. quæst.* 48. *num.* 68. que assi dize se determinò en vn mayorazgo de importancia; y porque es doctrina tan del caso, pondrèmos aqui sus palabras: *Ex his etiam, quæ scribit Decius in dicto consilio* 397. *& alij, quos suprà retuli, decissa fuisset quæstio magni momenti mater fecit maioratum in filiam communem, & vt moris est, & de iure vocauit post mortem filiæ filium maiorem illius filiæ, & statim dedit marito commissionem, vt in illo maioratu liceret apponere conditiones, vincula, & gravamina, qua commissione maritus vtendo sansit, quod si filius maior dictæ filiæ primo nominatæ haberet alium maioratum, non posset succedere in maioratu vxoris, decissum fuit per prædicta, & alia iura, & authoritates id marito commissario non licuisse, nec alterare potuisse successionem filij maioris, quem dispositio testatricis, iura, & consuetudines Hispaniæ vocabant.*

33 No parece, que faltò à este Autor, mas que poner los nombres, pues es el caso èl por èl, y fue de el mismo sentir el primero Noguerol *allegat.* 9. *num.* 72. ibi: *Vbi resolvit*, citando al mismo Mieres, *maritum virtute facultatis suæ vxoris ad maioratum instituendum, clausulam pœnalem adhibere non posse, in qua descendentes excludat, casu, quo sint alterius maioratus successores, vel cum hic maioratus sit irregularis.*

34 *Vndè infertur*, que la condicion que puso esta comissaria, y executora de incompatibilidad, fue contra el Derecho Divino, y Humano, y conforme à las reglas de Mayorazgos, de que en su succession se guarde primeramente la linea; y siendo condicion de esta calidad, pro non scripta habetur, *leg. conditiones* 14. *ff. de conditionibus institutionum*, Roxas *de incompatibil. in introductione operis, num.* 51. y no teniendo potestad la susodicha para poner semejante condicion de incompatibilidad, quedò tamquam si apposita non fuisset, Roxas vbi proximè fue citado, *num.* 52.

35 Lo qual se haze mas evidente, atento à la

clausula del fundador, que arriba và por supuesto ; donde dispone, que el dicho mayorazgo le dexa hecho de los dichos sus bienes en vn nieto segundo de los que eligiere su muger; y concluye la dicha clausula con las palabras siguientes, ibi: *Como hago los dichos bienes mayorazgo, conforme à las leyes de Castilla*, refiriendose à nuestra *ley 2. titulo 15. partit. 2.* que dispone, que el mayorazgo corra en los hijos del vltimo posseedor, y solo en su falta entre el pariente mas cercano.

36 Ex quibus infertur, que la disposicion de esta comissaria, en quanto passò à hazer mas llamamientos, que la eleccion del nieto segundo, y el gravamen de incompatibilidad, que puso à Don Diego Ponce de Leon, padre de esta parte, fue ninguno, y deve el dicho mayorazgo quedar solo reducido à aquello que fue justo, y concedido por el fundador, y por las leyes; esto es, en vn mayorazgo regular, como asientan todos los que tocaron este punto; y elegantemente el señor D. Christoval de Paz *dicto cap. 34. num. 142.* ibi: *Qua in re absque controversia puto prædictam dispositionem non viciari, sed ad maioratum regularem reduci, primo ex natura verbi maioratus ad quem instituendum cum facultas data sit, pro facto habetur, cum omnibus clausulis, & regularibus substitutionibus*, ex Gregorio *in leg. 2. tit. 15. partit. 2. scholio 1.* Molina. *lib. 1. cap. 4. num. 13. & alijs suprà recensitis : & si contrarium à comissario fiat hoc tantum annullatur, & primogenium regulare validum remanet, iuxta textum in lege interdum, §. denique, ff. de hæred. instituendis*, ibi : *Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc reuolvitur.*

37 Lo qual es mas llano, atento, que aunque juzgaramos este mayorazgo por incompatible, que no es, como luego veremos, el llamamiento de Don Geronimo Ponce de Leon siempre se devia, y deve entender con la clausula ordinaria; conviene à saber, si D. Diego no tuviesse hijos, *leg. cum avus, ff. de conditionibus,*

&

& demonstrationibus, leg.cum acutissimi, Cod. de fideicommissis, Roxas *de incompatibil. 7. part. cap. 6. num.* 23. Fusarius *de substitutionibus, quæst.* 393. por toda ella; porque aviendo hijos de dicho Don Diego Ponce, no se podia passar al llamamiento de Don Geronimo su hermano.

38 Y aunque quando vacò este mayorazgo, y entrò en Don Diego Ponce de Leon, padre de esta parte, no tuviesse los hijos, que despues dexò, que pudiessen succeder en ambos mayorazgos; es de advertir, que en èl estuvieron ambos à dos legitimamente, detenidos legitimamente sin poder passar, por razon de incompatibilidad, al dicho Don Geronimo; porque era menester, que à este le requisiesse su hermano, para que eligiesse vno de los dos, y la Justicia le diesse termino para ello, y hasta tanto podian ambos concurrir en el dicho Don Diego, como con el señor Molina, Don Christoval de Paz, y Castillo, assienta Roxas *de incompatibilitat. part. 8. cap. 6. à num.* 8. con que el derecho de el dicho Don Geronimo totalmente queda destruido.

39 Excluido el dicho Don Geronimo, nos resta la exclusion de Don Alonso de Beyzaval, hermano de esta parte, cuya pretension es, que por aver llamado el fundador al nieto segundo, que eligiesse su muger, ha de passar despues de la muerte de Don Diego Ponce de Leon, su padre, al hijo segundo, la qual calidad le assiste, y falta à su hermano mayor, y que, como arriba llevamos notado, en el mayorazgo de qualidad no se guardan las comunes reglas, y observaciones, si solo se passa à buscar la qualidad que dispuso el fundador.

40 Esta regla es cierta, y no la negamos; pero lo que se dize, y responde es, que este mayorazgo solo fue de segunda genitura en el primero nieto, que entrasse en èl, conforme à la eleccion de la abuela; pero en passando de alli quedò regular, porque el fundador no dixo, que no pudiesse succeder en èl el hijo primero abso-

solutamente, y solo dixo, que entrasse primero en èl vno de los nietos segundos; y esto lo pudo disponer por diferentes causas, y motivos, respectivas à las personas de los nietos, ò temporales, y no perpetuas; y aviendo muchas causas porque se pudiesse mover el fundador; no hemos de persuadirnos, à que solo contemplò, y mirò, en el llamamiento del nieto segundo, à la incompatibilidad de otros mayorazgos, y esta es doctrina del antiguo Jason *in leg. 1. §. quamvis in fin. Cod. de fideicommissar.* Y de Bartulo *in leg. liberorum, num. 12. in fine, ff. de verbor. significat.* Simon de Præt. *de interpret. vltim. volunt. lib. 3. interpret. 4. dubio 2. num.* 108. Casanate *consil. 53. num. 63.*

41 Y la presumpcion es, que no aviendo expressado el fundador, que llamava al nieto segundo, por causa de incompatibilidad, se pudo mover por otras, y esta doctrina es tan cierta, que esta parte tiene fundado su intento con ella, y Don Alonso su hermano deve probar, que por esta causa de incompatibilidad se llamò al nieto segundo, y no por otra, elegantemente el señor Luis de Molina *libr. 3. de Primog. cap. 5. num.* 28. ibi: *Quibus adijcitur, quod is, qui contendit in aliqua dispositione solam vnam rationem potuisse intervenire, illud præcisè probare debet: alias namque plures rationes intervenisse præsumendum non erit.*

42 Esta doctrina es muy del caso, y aplicable à este punto, pero aun es mas expressa, y mejor la de este mismo, y grave Autor *lib. 1. cap. 6. num. 26.* donde disputando, si la qualidad de *Masculinidad*, puesta por el fundador en los primeros llamamientos, serà visto ser repetida en los segundos para hazerle irregular, y asienta, y defiende, que no, con estas palabras: *In hoc tamen observandum erit, in maioratibus Hispanorum non esse inducendam repetitionem masculinitatis ex hac maioratus perpetuitate quamvis enim omnium conditionum, quæ ad perpetuitatem eorum necessariè sint, repetitio facien-*

cienda ſit: Hæc tamen maſculinitatis repetitio; ad perpetuitatem maioratus neceſſaria non eſt, cum poſsit maioratus, tàm in fœminis, quàm in maſculis perpetuus eſſe, & hæc maſculinitatis repetitio, vt fœmina proximioris gradus excludatur, ſit quodammodo adverſus maioratuum Hiſpanorum naturam.

43 Lo miſmo ſiguiò eſte Autor en el miſmo *capit. 5. num. 56.* in verſic. *Sed quamvis*, ibi: *Quod potiori in materia de qua agimus dicendum erit; cum verbum hoc ad fœminarum excluſionem propter maſculos remotiores adverſus iura communia ſuplendum non ſit;* y ninguno puede dudar, que ſi ſe entendiera el llamamiento de hijo ſegundo, repetido en todas las lineas donde entrara, fuera *adverſus regulas iuris communis,* y contra la naturaleza de los mayorazgos de Eſpaña, quitando el hijo ſegundo la prelacion al primero, y en materia tan odioſa, no devemos, conforme eſtas doctrinas, tener por repetido eſte llamamiento de el nieto ſegundo, ſino reſtringirle à la primera perſona electa, y nombrada, y deſde alli hazerle regular.

44 *Quod maiori ratione procedit*, conſiderandoſe, que el fundador no puſo eſte llamamiento *per viam regulæ generalis;* veluti, ſi huvieſſe dicho: *Succedan los hijos ſegundos, ò nietos ſegundos*, ò nunca ſucceda *en èl el hijo primero*, que en eſtos dos caſos pudiera tener dificultad eſta materia; por la providencia de eſta regla general; pero no ſiendo mas que llamamiento à ſecas, *de nieto ſegundo*, aquella qualidad, *adverſus regulas communes in alijs vocationibus de filijs ſecundis repetita non videtur*, elegantemente el ſeñor Luis de Molina *dict. cap. 5. num. 62.* ibi: *Tertio prædicta ſecunda opinio non procedit, quando qualitas maſculinitatis per viam regulæ generalis in maioratu appoſita eſt, veluti quando maioratus inſtitutor dixit, volo, quod ſemper in hoc maioratu maſculi, & non fœminæ ſuccedant, tunc namque verbum filius poſtea adiectum de maſculis intelli-*

telligendum erit, leg. 3. §. filius, ff. de liber. & poſthum. leg. quæ conditio. ff. de condit. & demonſtrat.

45 Todas eſtas doctrinas ſon ciertas, y certiſsimas en la materia de mayorazgos, para que las condiciones, gravamenes, ò qualidades, *non videantur repetitæ in vlterioribus vocationibus*; pero en eſta materia *de quâ agimus*, es eſpecial la doctrina de Roxas *de incompatibilit. 4. part. cap. 2. num.* 12. hablando, ſi qualidades, que pueden mirar à incompatibilidad, ſon viſto ſer repetidas en los llamamientos vlteriores, ò expreſſos por el fundador, ò por la diſpoſicion de la ley, mediante la perpetuidad de los mayorazgos; y reſuelve, que ſiempre ſe entienden limitados, ſi eſpecificamente el fundador no expreſsò, que ſe entendieſſen en todos, cita todo el numero de Autores, y dize en el *num.* 13. vna coſa muy del caſo; *ſcilicèt*, que entonces ſe dirà la qualidad *real quoties apponitur in re abſque mentione perſonarum*, y no ſe poniendo de eſta forma; y con eſta expreſsion *dicitur grauamen perſonale*; cita la *ley ſervus hæredi 34. ff. de ſtatu liberis*, y la *ley peto 69. §. fratre, ff. de legat.* 2. Mieres *de maiorat. 2. part. quæſt. 6. num.* 104. Gratian. *diſcept. For. tom. 2. cap. 275. numer.* 31. Caſtill. *tom. 3. controuerſ. cap. 15. à num.* 21.

46 De forma, que el fundador de eſte mayorazgo lo que quiſo fue, que el primer ſucceſſor fueſſe *nieto ſegundo*; pero eſto no lo hemos de extender, ſi èl no lo dixo à las demàs lineas, y ſucceſſores, porque fuera contra eſtas reglas, y conmunes obſervaciones de la materia de mayorazgos, y es muy poſsible, que el llamar al nieto ſegundo ſe movieſſe por otras razones, que miraſſen à las perſonas, y no à la calidad de ſer nietos ſegundos; y aſsi ſe deve preſumir, no lo aviendo expecificado en otra forma el fundador, y es doctrina elegante la del ſeñor Luis de Molina *dict. lib. 3. & dict. cap. 5. num. 29.* ibi: *Cum veriſimile ſit, eum ex aliјs etiam rationibus affectionis, ſiue prædilectionis fuiſſe motum*;

y pudo ſer, que quando el fundador hizo el teſtamento no huvieſſe los tales nietos, ò ſi los avia fueſſen pequeños, ò ſi avia primogenitos no fueſſen muy habiles; y quiſo, que la muger que ſobrevivia, eligieſſe por primer ſucceſſor la perſona mas apropoſito; y finalmente no ſabemos las cauſas que le pudo mover para dezir, fueſſe el primer ſucceſſor nieto ſegundo, y como ha tantos dias que paſsò lo referido, no ſe puede adivinar la cauſa que moviò à eſte fundador al llamamiento del *nieto ſegundo*, y aſsi no ay que atender, à que ſe llamaſſe *al nieto ſegundo*, non enim inſpicere oportet, in quem verba dirigantur, ſed voluntatis intentio, *leg. peto, leg. cum pater, §. donationis, ff. de leg.* 2. Giurba *obſervat.* 6. *num.* 2.

47 Y nò parece pudo el fundador de eſte mayorazgo querer otra coſa, ſino que fueſſe regular, por lo miſmo que obrò en las primeras clauſulas Doña Ana Fernandez ſu muger, en virtud de la comiſsion; porque el primer llamamiento fue en Don Juan, nieto ſegundo del fundador, y deſpues de ſu muerte paſsò à dezir, que ſucedieſſen ſus hijos, y deſcendientes en la forma regular; y quanto quiera, que eſta diſpoſicion eſtè baraxada, y confundida con las ſiguientes, parece, que en ella declarò la voluntad de ſu marido, que avia querido, que paſſado el primero llamado, fueſſe mayorazgo regular; y eſtas declaraciones de las perſonas que lo pudieron prevenir en vida de los miſmos fundadores, dan mucha luz à lo que adelante ſe puede ofrecer cerca de la naturaleza, y ſucceſsion de los dichos mayorazgos, como lo notò elegantemente el ſeñor Luis de Molina *de Primogenijs, lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 28.

48 *Et alitèr*, fuera vn abſurdo, que ſi Don Juan huviera tenido hijos, ſe ſuccedieſſe en eſte mayorazgo en forma *regular*, y para que paſſaſſe à Don Diego ſu hermano, ſe huvieſſe de ſuceder con eſta irregularidad, porque *ſemel factus maioratus regularis*, no ſe pue-

puede considerar *amplius irregularis*, ni se considera alterada aquella naturaleza primera que avia tomado, vt cum pluribus exornat; el señor Don Francisco Salgado *de Reg. Protect. 2. part. cap. 13. num. 110.* ni pudo esta comissaria, ademàs de lo que en otros numeros dexamos notado; variar en estas elecciones tan contrarias, *leg. minor annis cui fideicommissum, ff. de minoribus*, el señor Don Francisco Salgado *vbi proximè* fue citado, y donde trae muchas doctrinas que conducen à esta contrariedad de diversas naturalezas, & signantèr, *num.* 114. vbi: *Quod alterata natura rei, semper remanet alterata*; y no parece ay razon, para que vna cosa se juzgue por dos causas contrarias; en vn *sucessor mayorazgo regular*, y en otro *irregular*, *leg. duobus* 30. *ff. de liberal. caus. leg. iudicata* 29. y alli la Glossa in verbo: *Pro parte, ff. de except. rei. iudicatæ*, Gonçalez *ad regul.* 8. *Cancell. gloss.* 24. *à num.* 92.

49 Su muger concluye en la clausula: *Haziendo, como hago los dichos bienes mayorazgo, conforme à los mayorazgos de Castilla*; y como arriba llevamos fundado por diversos numeros los mayorazgos incompatibles *son irregulares*, con que vinieramos à dar vna contradicion muy grande, y repugnancia à la voluntad de este fundador.

50 *Quibus addendum est*, que para que corra la pretension de vn hijo segundo, que pretende ser mayorazgo de segunda *Genitura*, es necessario, que la disposicion del fundador sea muy clara, y en caso dudoso perdera, el señor Luis de Molina *de Primogen. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 28. alli: *Sexta limitatio sit, quando ex maioratus dispositione filius secundogenitus excluso primogenito, ad eius successionem invitatur; tunc namque secundogenitus, primogenitum ad eiusdem maioratus successione excludet, id quando maioratus institutor expressè disponit, vel ex apertissimis coniecturis comprehendi potest proculdubio certum erit.*

Y con-

51 Y conforme à esta doctrina, no puede el hermano mayor dexar de vencer, porque fundando en estas reglas, y en la de ser hijo mayor, el hermano segundo, que le quiere excluir de ellas, ha de perder en el caso claro, y en el dudoso à favor de el hijo mayor, y solo podrà excluirle en el caso claro contrario, notòlo este mismo Autor, *lib.3.cap.4.num.38.*

52 Y para que se diga, que vn mayorazgo es de segunda *Genitura*, no basta que se llame en el ingresso el *segundogenito*, sino que tambien es necessario aya exclusion del *Primogenito*, lo qual nos lo dà bien à entender el señor Luis de Molina *lib. 3. de Primogen. cap.2.num.28.* ibi: *Sexta limitatio sit: quando ex maioratus dispositione filius secundogenitus, excluso primogenito ad eius successionem invitatur*; y para que el hijo primogenito del segundogenito quedasse *in perpetuum* excluido, avia de aver dicho el fundador, que en el dicho mayorazgo no succediesse jamàs el *Primogenito*, como cada dia lo vemos assi dispuesto, y ordenado en semejantes llamamientos; y à esto miran las palabras siguientes del señor Luis de Molina, *dict. num. 28.* ibi: *Idque quando maioratus institutor hoc expressè disponit, vel ex apertissimis coniecturis comprehendi potest, proculdubio servandum erit.*

53 Ni es nuevo en nuestros Derechos, que los fundadores de mayorazgos requieran en los primeros llamados algunas qualidades, las quales no quieren sean absolutas, ni precisas en los successores siguientes, *& limitari debent ad illas solas personas cum quibus loqui videntur*, sin que puedan extenderse à otros grados, *leg. fin. §. seio, ff. de legat. 2. leg. quæ conditio. ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *At quæ conditio ad certas personas accomodata fuerit, eas referre debemus ad eum duntaxat gradum, quo hæ personæ constitutæ fuerunt*; de donde se conoce claramente, que aviendo el fundador de este mayorazgo considerado solo, y contemplado la

 se-

ſegunda genitura en el grado de los nietos, como dize el texto arriba citado, no le devemos extender à los ſegundogenitos en todas las lineas de eſta ſuccesſion.

54 Eſta doctrina, y conſideracion que llevamos referida es de infinitos Autores, Caſanate, Molina, Caſtillo, Fuſario, Giurba, Perez de Lara, y otros muchos, que con ſumo cuydado juntò Roxas *de incompatibil. maiorat. 1. part. cap. 6. num.* 307. que aſsientan, que aunque el fundador llame *à los deſcendientes de Pedro, que ſean varones de varones, ò otros ſemejantes*, eſte genero de agnacion ſolo ſe extiende à aquellos, que fueren en la linea contemplados, y no paſſa de alli; y nueſtro caſo es en terminos mas ſuaves, porque el fundador ſolo hablò en el primero grado; ſcilicèt, *vno de los nietos ſegundos de mis dos hijas*.

55 Hazeſe eſte diſcurſo mas evidente, porque no hallamos, que el fundador tuvieſſe la menor contemplacion de incompatibilidad en eſte llamamiento del nieto ſegundo con el mayorazgo de los *Leones*, ni de eſte, ni de otro hizo mencion, ni relacion en toda ſu diſpoſicion, ni aun ſe eſperava tal coſa, ſolo la tal comiſſaria adelantò eſta conſideracion; pero indiſcretamente, porque aviendo antes de llegar à Don Diego, padre de eſta parte, diſcurrir eſte mayorazgo por dos lineas, que eran la de Don Juan, y Don Pedro ſus hermanos, ſolo ſe le antojò hazerle incompatible en la caſa de Don Diego, con que mas fue dictamen ſuyo, que acuerdo del fundador, y yà llevamos en eſte papel diſcurrido, quan ſin poteſtad ſe obrò eſto; ni menos pudo hazer incompatible eſte mayorazgo la prevencion, de que los ſuceſſores huvieſſen de traer las armas del apellido de *Baizaval*, *quia ex gravamine armorum incompatibilitas non ellicitur*, ſino quando ſe manda, que las armas ſe traygan ſolas, *& de per ſe, & ſine mixtura aliorum*, como aſsienta el ſeñor Luis de Molina *lib. 2. de Primog. cap.* 14. *num.* 26. ibi: *In qua quæſtione dicen-*

dum

dum est, horum maioratuum successorem non posse in vtròque succedere, cuya opinion es comunmente recibida en nuestra España, como assientan todos los que hablan de mayorazgos, à quienes junta aora Roxas *de incompatibilit. maiorat. 1. part. cap. 2. num. 39.* y assi lo vemos cada dia poniendo todas las armas de los mayorazgos que se posseen, y no por el concurso de todas, se confunden, porque se ponen con division, y aquarteladas.

56 *Quibus addendum putamus*, que ay dos generos de incompatibilidades; vna, *quæ provenit à dispositione* de nuestra *ley 7. tit. 7. lib. 5. Recopilat.* conviene à saber, quando por via de matrimonio se juntan dos mayorazgos, cuya renta excede de la cantidad, que dispone la ley; otra, *quæ provenit à dispositione, & voluntate hominis*, que es en el caso, y pleyto en que estamos, y la primera se diferencia de la segunda; porque en aquella, como caso de ley, se ha de entender sin ninguna dispensació, pero en la segunda no constando por palabras expressas, ò conyecturadas con evidencia, *vt suprà retulimus*, se ha de interpretar à favor del hijo mayor, para no le privar de la succesion regular, como con el señor Don Juan del Castillo, Don Christoval de Paz, Alvarado, y otros assienta el señor Don Juan Baptista de Larrea *decis. 51. num. 3.* con que siendo esta parte el hijo mayor tiene por si esta regla.

57 *Et summe notandum est*, porque puede ser, que se aya traido contra estas partes la *decision 51.* que diximos en el numero antecedente de la Chancilleria de *Granada*, que este caso es muy diferente de aquel, porque alli no se dudava, que el mayorazgo fuesse incompatible; y la duda era, si esta incompatibilidad era *real*, ò *lineal*; pero aqui es punto muy diferente, porque absolutamente negamos, sea mayorazgo de incompatibilidad, sino *regular*, por los fundamentos que llevamos assentados, de que la muger, ò comissario de el

sun-

fundador no tuvo poteſtad, y la voluntad del fundador fue *reſtricta* al primero llamado.

58 Todos eſtos diſcurſos, que parece convienen con la voluntad de el fundador, eſtàn aſsiſtidos para que el llamamiento del nieto ſegundo, no ſea viſto paſſar *ad vlteriores gradus* de la regla, aunque comun tan cierta; conviene à ſaber, de que qualquiera diſpoſicion, por general que ſea, intelligitur de *prima, & vnica vice, leg. boues, §. hoc ſermone, ff. de ver orum ſignificatione*, donde lo notan todos los Doctores, *de primis nuptijs intelligitur*, dize alli el Juriſconſulto *leg cum pater, §. pater certam, ff. de legatis* 2. Surdo *conſil.* 18. *num.* 9. Heringio *de fideiuſſoribus, cap.* 13. *numer.* 14. Giurba *conſil.* 99. *num.* 1. Aguſtin Barboſ. *in axiomata iuris, axiomate* 73. *num.* 18. *vbi tradit*, que eſto ſe entiende in omnibus diſpoſitionibus.

59 La qual propoſicion, y regla es mas cierta, *quando non verſamur in diſpoſitione legis, ſed in diſpoſitione hominis*, en el qual caſo ſe cumpliò todo lo que ordenò, y diſpuſo el fundador de eſte mayorazgo, con aver ſu muger en virtud del poder que tuvo eligido à vn nieto ſegundo, con el ſeñor Don Juan de el Caſtillo, Tiraquelo, y otros, refiere eſta limitacion de la dicha *ley boues*, Pareja *de omnium inſtrumentorum eddictione, tit.* 5. *reſolut.* 5. *num.* 34.

60 Y ſiendo eſta condicion, ò inteligencia, que pretende el hermano de Don Diego, para que el dicho llamamamiento del nieto ſegundo, ſe eſtienda ad omnes lineas tan odioſo, & contra regulas, & obſervationes maioratuum, hemos de creer con mayor certeza, que el fundador ſe contentò *in vna vice*, y con que el primero llamado fueſſe ſolo nieto ſegundo, ſin paſſar ad vlteriores gradus, y es tambien entendimiento, y practica de la dicha *ley boues, §. hoc ſermone*, arriba citada, Thomàs del Ben. *de immunitate Eccleſiaſtica, tom.* 2. *cap.* 19. *dubio* 36. *num.* 10. Aguſtin. Barboſ. *dicta*

axio-

axiomate 73. *numer*. 18. Maximè, que por lo referido no se quita el curso à este mayorazgo, como dize el señor Luis de Molina, en los lugares arriba citados, antes le damos successores mas regulares, y mas à la mano, sin andar cada dia saltando, y translineando, dando motivo à vn pleyto en cada vacante.

61 El Derecho siempre ha puesto la mira en favorecer la voluntad de los testadores; y siempre que està algo dudosa dize, que se la ayude con la interpretacion que fuere justa, *leg. similes* 3. *leg. Lutius* 41. *ff. de testam. militari testam.* pero quando los testadores, y sus comissarios disponen con dudas, equivocaciones, clausulas, y llamamientos perplexos, todo lo desestima, y dize, que *pro non scriptis habeantur*, *leg. vbi repugnanti.* 148. *ff. de regul. iur. leg. si Titius* 16. *ff. de condit. instit. leg.* 5. *tit.* 4. *part.* 6. Roxas *de incompatib. maiorat.* 1. *part. cap.* 10. *num.* 35. doctrina que quadra, y conviene mucho al hecho de este pleyto; pues como hemos visto, el fundador dize, que haze mayorazgo regular; y luego dize, que la muger ponga los gravamenes, y condiciones que quisiere, ella en Don Juan primero llamado haze tambien llamamiento regular en sus hijos, y descendientes, luego en Don Diego, padre de esta parte, haze vn llamamiento con suma irregularidad, con que no se puede socorrer à estas equivocaciones, y perplexidades en otra forma, que estimandolo todo por regular, y guardando las reglas, y observaciones comunes de los mayorazgos, que arriba llevamos citados, y en primero lugar la linea en que se halla esta parte. Y assi lo espera: Salvo in omnibus, &c.

Lic. Don Diego de Balmaseda y Sobremonte.